



Svea hovrätt  
Box 2290  
103 17 STOCKHOLM

Stockholm den 28 augusti 2009

## **Yttrande, Mål nr T 3552-09, Staten genom Justitiekanslern ./. Olivia Rozum**

1. Olivia Rozum bestrider dels att käromålet ska ogillas, dels att skadeståndsbeloppet ska sättas ner. Olivia Rozum yrkar följaktligen att hovrätten ska fastställa tingsrättens dom. Därutöver yrkar Olivia Rozum ersättning för rättegångskostnader i hovrätten med belopp som senare kommer att anges.

*Har Olivia Rozum missgynnats och diskriminerats?*

2. Olivia Rozum, som vidhåller de grunder och omständigheter som har anförts i tingsrätten kan konstatera att staten nu frånfaller sin tidigare invändning att det inte har förekommit något missgynnande i det aktuella fallet. Vidare medger staten också orsakssamband mellan missgynnande och kön. Med andra ord medger staten att Oliva Rozum och gruppmedlemmarna har diskriminerats i likabehandlingslagens mening. Olivia Rozum delar tingsrättens mening att SLU genom den viktade lottningen har infört vad som närmast kan liknas vid en strukturell diskriminering riktad mot kvinnor (domen s. 18).

*Är positiv särbehandling vid lika meriter tillåtet enligt likabehandlingslagen?*

3. Som tingsrätten konstaterar är frågan om Olivia Rozum och gruppmedlemmarna missgynnats och diskriminerats i likabehandlingslagens mening inte avhängig att någon av dem hade tilldelats en utbildningsplats om den viktade lottningen inte hade tillämpats. Det är tillräckligt att de har givits en mindre chans att antas än männen (domen s. 17f.). Än mindre spelar Olivia Rozums eller gruppmedlemmarnas personliga förväntningar på oddsen för att antas på utbildningen någon roll. Staten anför att det inte heller vid en helt könsneutral lottning har "funnits anledning för de sökande kvinnorna att utgå ifrån att de ens med högsta möjliga betyg skulle få en plats på utbildningen i den aktuella urvalsgruppen" (överklagandet s. 4). Detta saknar helt betydelse i sammanhanget.

4. Staten påstår vidare i överklagandet att tingsrätten i sin dom ger uttryck för uppfattningen att "såväl ordalydelsen av som förarbetena till likabehandlingslagen ger stöd för uppfattningen att positiv särbehandling vid lika meriter kan vara tillåtet" (överklagandet s. 2). För det första står dock ingenstans i domen att tingsrätten utläser något sådant av lagens ordalydelse. För det andra skriver tingsrätten på följande sätt när det gäller det aktuella uttalandet i förarbetena (prop. 2001/02:27 *Likabehandling av studenter i högskolan* s. 41). "Även om förarbetsuttalandet kan framstå som svårförståeligt får det antas att man i 7 § likabehandlingslagen öppnat möjlighet för viss svag positiv särbehandling" (domen s.19). Tingsrättens skrivning får sägas innehålla restriktivare nyanser än vad staten låter antyda i överklagandet. Likväl är redan tingsrättens skrivning gällande utrymmet för avsteg från förbudet mot diskriminering alltför generös.
5. Högsta domstolen har i det så kallade Uppsalamålet (NJA 2006 s. 683) uttalat att en utgångspunkt för tillämpningen av undantagsbestämmelsen i 7 § andra stycket likabehandlingslagen är att ett ingripande undantag från en viktig huvudprincip bör komma till tydligt uttryck i lagen och tillämpas restriktivt. Vad avser vikten av principen om rätten till likställdhet inför lagen och skydd mot diskriminering bör påpekas att detta är grundläggande mänskliga rättigheter som erkänns genom bland annat Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, Europakonventionen, EG-fördraget och den svenska regeringsformen.
6. Den statliga Diskrimineringskommittén har vidare anfört att det inte finns fog för en tolkning av likabehandlingslagen som innebär att lagen skulle tillåta positiv särbehandling (SOU 2006:22 *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s. 675). Regeringen har i propositionen till den nya diskrimineringslag som gäller från den 1 januari 2009 uttalat att bestämmelsen varken kan anses utgöra en bestämmelse om positiv särbehandling eller vara förenlig med det snäva utrymme för undantag som ges i artikel 2.6 i direktiv 76/207/EEG ändrat genom direktiv 2002/73/EG, det så kallade likabehandlingsdirektivet (prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s. 207). Mot denna bakgrund kan en tolkning av undantaget i 7 § andra stycket, som innebär att positiv särbehandling skulle vara tillåten, inte gärna anses vinna klart stöd av lagmotiven.
7. Under alla omständigheter kan av den aktuella bestämmelsens ordalydelse utläsas att en behandling som innebär ett undantag från förbudet mot diskriminering endast kan motiveras av "ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan" (7 § 2 st. likabehandlingslagen). Härvid kan noteras att staten i överklagandet anger att syftet med att använda det diskriminerande antagningsförfarandet har varit att "i någon mån minska den stora kvinnodominansen" (överklagandet s. 4). Som tingsrätten konstaterar framgår av de uppgifter som staten lämnat i målet att SLU:s syfte med att tillämpa skiljekriteriet underrepresenterat kön främst varit att nå en jämnare könsfördelning på utbildningen för att "förbättra den studiesociala miljön" (domen s. 21). Detta kan knappast anses utgöra ett sådant särskilt intresse som "uppenbarligen" väger tyngre än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan.
8. I detta sammanhang kan även konstateras att 7 kap. 12 § (tidigare 7 kap. 10 §) högskoleförordningen inte kan ges företräde framför diskrimineringsförbudet i likabehandlingslagen. Denna självklarhet framgår bland annat av regeringens uttalade i propositionen till den nya diskrimineringslagen (se a. prop. s. 205). Där anfördes att en

ordning där diskrimineringsförbud anges i lag, och vad som kan uppfattas som ett undantag från förbudet regleras i en författning av lägre dignitet, inte är förenligt med den normgivningsordning som gäller enligt 8 kap. regeringsformen. Undantaget måste alltså framgå av lagen.

#### *EG-rättsliga frågor*

9. EG-domstolen har i sin praxis beträffande det så kallade likabehandlingsdirektivet ställt upp ett antal villkor som ska vara uppfyllda för att positiv särbehandling ska vara tillåtet. Villkoren kan sammanfattas enligt följande. De sökande ska för det första ha lika eller nästan lika meriter. För det andra ska kön inte vara automatiskt avgörande utan en objektiv bedömning ska göras av den sökandes alla meriter och personliga förhållanden där även icke-traditionella meriter får vägas in. För det tredje ska särbehandlingen stå i proportion till ändamålet.
10. Staten har beträffande dessa villkor invänt att tingsrätten inte beaktat "statens påpekande" att EG-domstolens praxis avser tillträde till anställning och inte till utbildning. Men staten verkar då helt bortse från att den svenska lagstiftaren har valt att ge studenter och sökande till högskolan samma skydd som arbetstagare och att EG-domstolens praxis beträffande diskriminering på arbetsmarknaden alltså utgör ett centralt tolkningsunderlag även beträffande diskriminering inom högskolan.
11. Tingsrätten begränsar sig inte heller, som staten låter påskina, till ett enskilt avgörande från EG-domstolen utan hänvisar till EG-domstolens samlade praxis på området som redogörs för i SOU 2006:22 s. 631 ff. och prop. 2007/08:95 s. 166 f. Det framgår bland annat av förarbetena till likabehandlingslagen att denna praxis är avsedd att vara vägledande även på högskoleområdet (se nedan under para. 12). I samband med behandlingen av möjligheten att använda positiv särbehandling vid antagning till utbildning påpekar regeringen även i prop. 2007/08:95 att EG-rätten endast ger begränsade möjligheter att i praktiken använda metoden (s. 204).
12. Tingsrätten konstaterar (domen s. 17) med hänvisning till prop. 2001/02:27 s. 21 helt riktigt att likabehandlingslagen tillkom i syfte att ge studenter ett rättsligt skydd som i allt väsentligt stämmer överens med vad som dessförinnan i flera år gällt på arbetsmarknaden. I prop. 2001/02:27 anges också explicit att avsikten med likabehandlingslagen är att "ge studenterna en skyddsnivå som ligger i paritet med arbetstagares" (a. prop. s. 23). Detta bekräftas i prop. 2007/08:95: "Begreppet diskriminering sådant det används i olika EG-direktiv och numera i de svenska diskrimineringslagarna har utformats av EG-domstolen" (a. prop. s. 96). Vidare anges följande: "Regeringens utgångspunkt är att skyddet mot diskriminering ska vara så lika som möjligt för de olika diskrimineringsgrunderna och samhällsområdena. Att diskrimineringsbegreppet är enhetligt utformat med utgångspunkt i EG-rätten kan antas bidra till att skyddet mot diskriminering blir starkt oavsett diskrimineringsgrund" (a. prop. s. 97).
13. De manliga och kvinnliga sökande som målet gäller har haft lika meriter. Som tingsrätten mycket riktigt konstaterat har trots detta ingen objektiv bedömning av de sökandes alla meriter och personliga förhållanden inom den aktuella antagningsgruppen gjorts. De sökandes könstillhörighet har istället varit automatiskt avgörande för om de skulle antas till veterinärutbildningen eller inte.

14. Staten menar att den positiva särbehandlingen, mot bakgrund av en tolkning av bedömningen i Badeck-målet, troligen inte kan anses strida mot EG-rätten (Georg Badeck m.fl. mot delstaten Hessen, C-158/97). Staten har betonat att EG-domstolen inte ställt upp något hinder mot svag positiv särbehandling vid utbildningsplatser som staten har monopol på. Det måste betonas att den aktuella frågan i Badeck-målet rörde inkvotering av kvinnor vid antagning till utbildning som staten inte hade monopol på. SLU har i det aktuella fallet visserligen inte vikt ett visst antal platser åt det underrepresenterade könet. I stället har man tillämpat ett viktat lotteri där kvinnor som sökt i urvalsgruppen folkhögskolebetyg endast haft en teoretisk chans att få en utbildningsplats. Det uppnådda resultatet är detsamma som om platserna från början hade vikts åt män. Den diskriminerande effekten har varit direkt och eftersträvad av SLU och förfarandet har de facto inneburit kvotering.
15. I fråga om särbehandlingen har stått i proportion till ändamålet har staten bland annat anfört att de sökande kvinnornas chans att antas till utbildningen måste ställas i relation till vilken chans var och en av kvinnorna haft om lottningen varit helt könsneutral. Den chansen hade för samtliga sökande, män som kvinnor, varit 5,5 procent respektive 6,3 procent. Genom den viktade lottningen har dock var och en av de sökande kvinnornas chanser reducerats väsentligt medan männens chanser har ökats.
16. Av den sannolikhetsberäkning som Uppsala tingsrätt redovisat framkommer att en man haft 45 till 50 procents chans att komma in på utbildningen medan en kvinna har haft 1,3 till 2 procents chans. Utfallet av den aktuella antagningen av sökande i folkhögskolekvoten var att enbart män antogs. Utan en viktad lottning skulle sannolikheten för ett sådant utfall de två aktuella åren ha varit 0,3 respektive 0,008 procent.
17. I överklagandet har vidare anförts att man vid en bedömning av huruvida syftet med den viktade lottningen har uppnåtts, inte kan se urvalsgruppen folkhögskolebetyg isolerad. För att se vilken effekt den viktade lottningen har fått på könsfördelningen måste man, enligt staten, se på hela antagningen. Så kan förvisso vara fallet, men då måste man även se på hur diskrimineringen har slagit på kvinnornas chanser i förhållande till männens chanser att antas till utbildningen även i de andra urvalsgrupperna.
18. Den viktade lottningen har slagit hårdast i antagningsgruppen folkhögskolebetyg där ingen kvinna antagits som en direkt följd av den viktade lottningen. Metoden har dock använts i alla urvalsgrupper, och man kan exempelvis få en uppfattning om den sammantagna diskriminerande effekten genom att se på urvalsgruppen gymnasiebetyg. Höstterminen 2006 sökte 153 kvinnor med högsta betyg (20,0) och 15 män med högsta betyg in i gymnasiekvoten. Totalt sökte alltså 168 personer med högsta gymnasiebetyg. Av samtliga sökande med högsta betyg var andelen kvinnor 91 procent och andelen män 9 procent. 48 platser tillsattes i denna grupp. Av dessa gick 10 platser till män. Av de 91 procent sökande kvinnorna med högsta gymnasiebetyg fick alltså endast 24,8 procent en plats. Av de 9 procent sökande männen med högsta gymnasiebetyg fick 66,7 procent en plats på utbildningen.
19. Staten har i sitt överklagande framhållit att VHS slutsats, att ett inbyggt problem vid tillämpning av viktad lottning i folkhögskolekvoten i högre grad beror på urvalsgruppens storlek än på den viktade lottningen, är korrekt. Tingsrätten har ifrågasatt denna slutsats. Tingsrätten menar att skälet till att den viktade lottningen i folkhögskolekvoten har slagit

särskilt hårt mot sökande av det överrepresenterade könet uteslutande beror på det sätt som skiljekriteriet underrepresenterat kön tillämpats. Som tingsrätten mycket riktigt påpekar har det stått SLU och VHS fritt att – för hela antagningsförfarandet eller endast för antagning i folkhögskolekvoten – tillämpa skiljekriteriet underrepresenterat kön på annat sätt än genom den typ av viktad lottning som användes. Tingsrätten har vidare konstaterat att SLU har avstått från möjligheten att korrigera resultatet av det datoriserade antagningsförfarandet för det fall oönskade eller orimliga resultat uppstod.

20. Systemet med den viktade lottningen har som tingsrätten konstaterat gjort att möjligheten för de kvinnor som sökt utbildningen i folkhögskolekvoten att få en plats i princip blivit endast teoretisk. Man har generellt avsevärt minskat chanserna för en specifik kvinna att bli antagen, relativt möjligheten om systemet med viktad lottning inte använts. Syftet har varit att i någon mån öka representationen av män på en utbildning som leder till yrke som intill nyligen var mansdominerat.
21. Vid en proportionalitetsbedömning ska även diskrimineringen av kvinnliga sökande till veterinärutbildningen ses i ljuset av förhållandena på arbetsmarknaden. I Sverige har veterinäryrket traditionellt varit mansdominerat. 1960 var andelen kvinnor i yrket 4 procent. År 2004 bedömde en statlig utredning att utvecklingen då gått så långt att veterinäryrket var könsbalanserat (SOU 2004:43 *Den könsuppdelade arbetsmarknaden* s. 84). Det är först på senare år som andelen kvinnor har blivit större än andelen män.
22. I detta sammanhang måste man även beakta arbetsmarknaden inom EU. Grundprincipen i yrkeskvalifikationsdirektivet (direktiv 2005/36/EG) är att den som är kvalificerad att utöva ett yrke i sitt hemland även ska kunna utöva det i andra medlemsländer. Huvudregeln är att den som har en examen från ett medlemsland i de yrken som omfattas av direktivet i princip ska ha tillträde till arbetsmarknaden i andra medlemsländer direkt. Olivia Rozum anser med hänsyn till den fria rörligheten inom den europeiska gemenskapen, att såväl den svenska som den europeiska arbetsmarknaden måste beaktas vid proportionalitetsbedömningen. Detta oavsett om SLU traditionellt sett själva ansett att man utbildat för den svenska arbetsmarknaden.
23. Ser man på arbetsmarknaden inom EU är det en klar övervikt av män som arbetar inom veterinäryrket. Statistik från Eurostat gällande yrkesverksamma veterinärer på den europeiska arbetsmarknaden visar att könsfördelningen är 57 procent män och 43 procent kvinnor. Uppgifterna avser fördelningen år 2006 baserat på information från Sverige, Österrike, Schweiz, Tjeckien, Finland, Kroatien, Ungern, Island, Litauen, Luxemburg, Nederländerna, Norge, Polen, Rumänien, Slovenien och Storbritannien. Statistik från de nationella veterinärförbunden visar att könsfördelningen bland veterinärer i de tre folkrikaste EU-staterna är som följer. Tyskland, 52 procent män och 48 procent kvinnor år 2006 samt 51 procent män och 49 procent kvinnor år 2007. Italien 65 procent män och 35 procent kvinnor år 2006 och 2007. Frankrike 61 procent män och 39 procent kvinnor år 2008. De sammanlagda redovisade statistikuppgifterna omfattar cirka 80 procent av EU/EES-områdets befolkningsmängd. Staten har i yttrande den 11 februari 2009 vitsordat dessa uppgifter (se tingsrättens aktbilaga 107).
24. Från proportionalitetssynpunkt kan det slutligen noteras att den grundläggande orsaken till att män var underrepresenterade på utbildningen var att få män överhuvudtaget hade sökt till utbildningen. Av det totala antalet behöriga sökande år 2006 respektive 2007 var andelen män båda åren cirka 15 procent. Det är ett faktum att det viktade lotteriet

vid antagningen överhuvudtaget inte tagit sikte på dessa bakomliggande orsaker till könsfördelningen på utbildningen. Det betyder även att målet att få fler män på utbildningen hade kunnat adresseras genom avsevärt mindre ingripande åtgärder än att ge de relativt få män som sökt utbildningen företräde vid antagningen. Mot denna bakgrund måste den minskade möjligheten till antagning som systemet inneburit, anses ha utgjort en avsevärt ingripande åtgärd mot de diskriminerade kvinnorna.

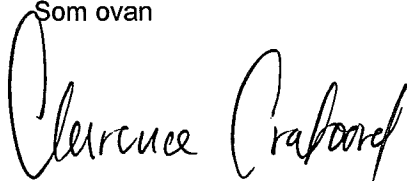
#### *Skadeståndsbeloppet*

25. Staten anför att det kan ifrågasättas om det varit lagstiftarens mening att skadestånd av någon betydande storlek ska behöva utges i fall som enligt statens uppfattning i målet ligger mycket långt från fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Statens hänvisningar till skadeståndslagens 3 kap. 2 § framstår som en aning perifera eftersom det av 1 kap. 1 § skadeståndslagen framgår att denna lag inte ska tillämpas om annat är särskilt föreskrivet. Staten är naturligtvis mycket väl medveten om att frågan om skadestånd på grund av diskriminering i strid med likabehandlingslagen, som i sig utgör såväl lex specialis som lex posterior i förhållande till skadeståndslagen, regleras exklusivt i likabehandlingslagens skadeståndsbestämmelser. När det gäller skadeståndens storlek är det därför betydligt mer relevant att konstatera att enligt förarbetena till likabehandlingslagen ska skadeståndet ha den dubbla funktionen att det ska avhålla från överträdelser samtidigt som det ska ge kompensation åt den som drabbats och vidare ska det säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, vara reellt avskräckande och stå i rimlig proportion till skadan (prop. 2001/02:27 s. 70 ff.).

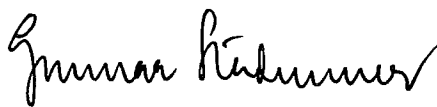
#### *Övrigt*

26. Olivia Rozum åberopar samma bevisning som vid tingsrätten, det vill säga partsförhör med Olivia Rozum som det står antecknat i tingsrättens dom. Olivia Rozum begär vidare att huvudförhandling ska hållas i målet.

Som ovan



Clarence Crafoord



Gunnar Strömmer